

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE A UN POTENCIAL OFERENTE POR CONTRATAR DIRECTAMENTE CUANDO DEBIÓ LLAMAR A UN PROCEDIMIENTO COMPETITIVO

NATALIA VELOSO GIRIBALDI*

Resumen: El fallo recoge una condena al Estado por no haber llamado a Licitación para la contratación del suministro de alimentos para la población carcelaria. Considera que haber realizado una compra directa a un proveedor le generó un daño al actor consistente en haber sido privado de la chance de obtener dicho contrato.

Palabras Clave: Responsabilidad, Estado, Adjudicación, Procedimiento, Competitivo, Compra, Directa, Licitación.

Abstract: The ruling includes a condemnation to the State for not having called for bids to contract the food supply for the prison population. It is considered that having made a direct purchase from a supplier caused damage to the actor consisting of having been deprived of the chance to obtain said contract.

Keywords: Responsibility, Administration, Adjudication, Procedure, Competitive, Purchase, Direct, Tender.

1. La importancia del fallo jurisprudencial

El presente fallo jurisprudencial reviste especial importancia teórica y práctica en tanto responsabiliza al Estado patrimonialmente frente a un tercero por haber contratado directamente con un proveedor sin llamar a un procedimiento competitivo en contravención del art. 33 del TOCAF.

En la inmensa mayoría de los casos, las hipótesis de responsabilidad del Estado en materia de contratación administrativa se configuran cuando un oferente, que no resultó adjudicado, demuestra que su oferta era la más conveniente y que por tanto, la adjudicación a otro proveedor fue ilegítima. En dichos casos, el hecho ilícito es la adjudicación y la cuantificación de la condena no ofrece demasiados problemas, ya que la misma consistirá en la totalidad del precio del contrato más los daños y perjuicios.

* Doctora en Derecho por la Universidad de Montevideo (2005), Máster en Derecho Administrativo Económico (2011), Profesor Adscripto de Derecho Administrativo I y II en la Universidad de Montevideo (2006-2018), Profesora de Derecho Público en el Posgrado de Gestión Financiera en Instituciones Públicas de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de la República (2018). ORCID id: <http://orcid.org/0000-0002-5340-2906>. natalia.veloso@delpiazzo.com

No obstante, en este caso la situación es distinta ya que el actor se presenta reclamando responsabilidad por un proceso de contratación del que no fue partícipe y del cual, ni siquiera se enteró sino hasta una vez culminado. En este caso, el hecho ilícito no es la adjudicación a una oferta menos conveniente sino la violación del art. 33 del TOCAF.

Asimismo, la cuantificación del daño tampoco resulta lineal ya que el actor no puede reclamar el precio del contrato que se le debió adjudicar (ya que no existió Licitación alguna) sino que, por el contrario, lo que reclama es la pérdida de la chance de participar en dicho procedimiento competitivo y de resultar adjudicado en el mismo.

Por último, el fallo también plantea la particularidad de sostener que si el acto administrativo que dispone la compra directa no fue notificado personalmente a otros interesados o Publicado en el Diario Oficial, dichos interesados podrían recurrirlo en cualquier momento, incluso si ya pasó el plazo de diez días desde su publicación en la página web del Sitio de compras estatales.

En definitiva, entendemos que se trata de un fallo de especial interés teórico y práctico ya que aplica el artículo 33 del TOCAF, no solo como una garantía para la Administración tendiente a que consiga la oferta más conveniente, sino también como una garantía para el Administrado de no ser privado de su chance de participar en procedimientos competitivos para contratar con el Estado.

2. El caso

El caso a estudio versa sobre la compra por parte del Estado (Ministerio del Interior) de alimentos no perecederos (pasta seca) para la población carcelaria. Dado el volumen de la compra, históricamente la Administración convocaba a un procedimiento competitivo para la elección de su proveedor, tal como lo indica el art. 33 del TOCAF.

No obstante, a partir del 2014, el Estado comenzó a contratar dicho suministro mediante el mecanismo de compra directa sin convocar a Licitación Pública ni a ningún otro procedimiento competitivo.

Advertido de esta situación, uno de los proveedores no contratados (Las Acacias) recurrió dichas compras directas y demandó al Estado (Ministerio del Interior) por responsabilidad patrimonial. Sostuvo que el actuar ilegítimo de la Administración, contrario a lo establecido por el art. 33 del TOCAF, configuró una “falta de servicio” que le generó un daño consistente en la pérdida de la chance de competir para resultar adjudicataria, la cual estimó en el 90% de las sumas compradas directamente.

Por su parte, el Estado contestó la demanda e interpuso la excepción previa de falta de agotamiento de la vía administrativa en tanto sostuvo que la compra directa fue publicada en la página web de compras y contrataciones del Estado y que al no haber sido recurrida dentro de los diez días siguientes a su publicación, el acto quedó firme y ello impedía acudir a la Justicia ordinaria para un reparatorio patrimonial. En cuanto al fondo de la cuestión, señaló que el Juez no debió ingresar a analizar la legitimidad de los actos de adjudicación porque ello es competencia exclusiva del TCA; que la compra directa

fue válida por haberse hecho por razones de buena administración y que por tanto no habría falta de servicio y que no procede la pérdida de chance ya que no existen elementos de convicción suficientes que hagan suponer que el actor iba a resultar adjudicado.

La Sentencia Definitiva de Primera Instancia N° 93/2016 de 24 de noviembre de 2016 del Sr. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 3er Turno, Dr. Pablo Eguren, amparó parcialmente la demanda condenando al Estado al pago del rubro pérdida de la chance, el cual fue estimado en un 30% de las ganancias líquidas que obtuvieron los beneficiados por la compra directa, más reajustes e intereses legales a partir de la demanda hasta su efectivo pago.

Contra dicha Sentencia, el Estado interpuso y fundó recurso de apelación anunciado en audiencia preliminar contra la Sentencia Interlocutoria N° 66/2016 dictada el 26 de julio de 2016 y contra la sentencia definitiva. Concretamente, la sentencia interlocutoria le generó agravio en tanto desestimó la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa y en tanto condenó al Estado cuando, a su criterio, no existió falta de servicio ni estaba probada la existencia de una chance.

Por su parte, Las Acacias también recurrió dicha sentencia por entender que, si bien se había amparado parcialmente su demanda, la reparación del quantum no podía determinarse como un porcentaje de las ganancias que obtuvieron los proveedores adjudicados en forma ilegítima, sino como la ganancia que hubiera obtenido ella misma.

Mediante la Sentencia N° 140/2017 de 27 de octubre de 2017 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3° Turno, se confirmó la sentencia en cuanto a la cuestión formal entendiendo que la publicación en el sitio web de compras estatales no puede sustituir al régimen constitucional de recursos administrativos y en cuanto a que las Resoluciones cuestionadas no fueron notificadas personalmente al actor, por lo que podían ser recurridas en cualquier momento. Asimismo, en cuanto al fondo de la cuestión, la Sentencia de segunda instancia confirmó la recurrida con excepción del quantum por pérdida de chance, cuya liquidación entendió, debía ajustarse a la realidad económica del actor y no a la de otros proveedores, por lo que difirió su liquidación a la vía incidental.

3. Análisis de los fundamentos del fallo

De las distintas cuestiones abordadas por el fallo a estudio podemos extraer al menos siete máximas que consideramos extrapolables a otros casos, en función de los argumentos manejados en la sentencia y en función de otros, que se desarrollarán seguidamente.

3.1 El Juez ordinario tiene plena competencia para analizar la legitimidad de un acto administrativo que adjudica una compra directa

Uno de los agravios esgrimidos por el Estado, fue que una demanda reparatoria por violación del art. 33 del TOCAF era improcedente en tanto el Juez no tendría competencia para analizar la legitimidad o ilegitimidad de un acto administrativo que aprueba una compra directa. Concretamente, sostuvieron que el análisis de la validez de un acto administrativo de este tipo es competencia exclusiva del TCA.

No se comparte dicha afirmación. En efecto, la mayoría de la doctrina nacional entiende que el juez tiene plena potestad para analizar en cada caso la legitimidad de un acto administrativo¹.

En este sentido, con meridiana claridad SAYAGUÉS señalaba que el TCA “tiene competencia exclusiva para la anulación de los actos administrativos y en ese aspecto excluye absolutamente la actuación del Poder Judicial; pero no tiene competencia para juzgar a otros efectos la regularidad jurídica de los actos administrativos, en cuyo plano se mantiene la competencia del Poder Judicial”².

En el mismo sentido, se ha pronunciado recientemente nuestro máximo órgano jurisdiccional sosteniendo que: “la justicia ordinaria tiene competencia para examinar la legitimidad del acto administrativo”³.

Asimismo, en cuanto a la posibilidad plantear la legalidad de una decisión administrativa por vía de acción, nuestra doctrina también se ha pronunciado sosteniendo que: “entendemos que la cuestión de la legalidad de una decisión administrativa podría plantearse por vía de acción, en algunos casos, tal como sucede cuando se reclama una reparación por los daños causados por un acto ilegítimo o cuando se pretende su des aplicación -por manifiesta ilegitimidad -mediante una acción de amparo”⁴.

Por dichas razones, asiste razón al Tribunal cuando sostiene que: “el Poder Judicial puede y debe analizar la legalidad de los actos administrativos en materia de reparatoria patrimonial que es el proceso que nos ocupa. Claramente el objeto del proceso de los juicios que se promueven ante el Poder Judicial y ante el TCA son diferentes, lo que el Estado no puede desconocer. Aquí se pretende responsabilizar al Estado desde el punto de vista civil, no se está pidiendo que se anulen los actos administrativos ilegítimos, sino que se pide que se repare el perjuicio económico ocasionado por un actuar ilegítimo del Estado. Sobre el punto la Sala comparte lo dicho por el actor al evacuar el traslado de la apelación, a lo que nada más corresponde agregar (fs.586-588vto) debiendo tener presente el demandado los arts.24, 309 y 312 de nuestra Constitución”.

En definitiva, se comparte el fallo en cuanto rechaza el argumento del Estado y sostiene que la Justicia Ordinaria tiene competencia para analizar la legitimidad de los actos

1 Horacio CASSINELLI MUÑOZ - “Competencia del Poder Judicial para Conocer de la Validez de un Acto Administrativo como Premisa del Fallo” en Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración, Tomo 71, Montevideo, pág. 94; Aparicio MENDEZ - “Lo Contencioso de Anulación en el Derecho Uruguayo”, Montevideo, Biblioteca de Revista de Derecho Público y Privado, Montevideo, 1952, pág. 77; Héctor GIORGI - “El Contencioso Administrativo de Anulación”, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo, 1958, pág. 83; Gabriel OHANIAN - “Juez y Acto Administrativo”, en Revista Judicatura No. 44, mayo, 2006, Montevideo, IMPO, 2006, pág. 309; Enrique SAYAGUES LASO - “Tratado de Derecho Administrativo”, F.C.U., Montevideo, 2010, 9ª Edición, pág. 555; Augusto DURAN MARTINEZ - “Contratos administrativos, Vicios y Juez Competente para Juzgarlos. El Caso Caravana”, en “Casos de Derecho Administrativo” Ingrausi, Montevideo, 1999, Vol. I, pág. 68; Juan Pablo CAJARVILLE - “Sobre Derecho Administrativo”, F.C.U., 2007, Tomo II, pág. 606; Daniel OCHS - “La Acción de Amparo”, FCU, Montevideo, 2001, pág. 69; Marcelo LABORDE GOÑI - “El principio de buena fe como rector del Ejercicio de la Función Pública” en Revista de Derecho Público, F.C.U., 2016, Año 25, Número 50, diciembre de 2016, pág. 67 y GUITIÉRREZ, Adrián - “Potestades de Juez sobre el acto administrativo” en <https://es.slideshare.net/24-7/potestades-del-juez-sobre-al-acto-administrativo>

2 Enrique SAYAGUES LASO - “Tratado de Derecho Administrativo”, T. II, cit, pág. 555.

3 Sentencia de la SCJ N° 180/2015 de 5 de junio de 2015.

4 Adrián GUITIÉRREZ - “Potestades de Juez sobre el acto administrativo” en <https://es.slideshare.net/24-7/potestades-del-juez-sobre-al-acto-administrativo>

administrativos que adjudican en forma ilegítima las compras directas cuestionadas y si bien no se plantea la regularidad de invocar dicha ilegitimidad por vía de acción, también se entiende que dicho extremo es posible mediante una correcta interpretación del art. 312 de la Constitución.

3.2 La observación de la compra directa por parte del Tribunal de Cuentas es un indicio de su ilegitimidad que el Juez puede tomar en consideración al analizar la legitimidad del acto

El Estado también sostuvo que, si bien el Tribunal de Cuentas observó el gasto, este hecho no es suficiente para decir que un acto administrativo es ilegítimo o contrario a Derecho, siendo el TCA el único que tiene jurisdicción para ello.

Al respecto, solo cabe decir que es incuestionable que el Tribunal de Cuentas no tiene competencia ni para anular, ni para declarar ilegítimos los actos administrativos que aprobaron la compra directa.

En efecto, la competencia del Tribunal de Cuentas en esta materia se limita a intervenir el gasto “al solo efecto de certificar su legalidad” en función de lo cual, podrá formular observaciones al mismo si entendiéndose que hay algún apartamiento de las normas que lo regulan (art. 211 Lit. B de la Constitución) pero en ningún caso podrá entenderse que dicha “certificación de la legalidad” constituye un pronunciamiento jurisdiccional, ya que es indiscutido que no ejerce función jurisdiccional⁵.

Sin perjuicio de ello, dicho pronunciamiento, constituye sin lugar a dudas un importante antecedente e indicio de ilegitimidad que la justicia ordinaria podrá tener en cuenta a la hora de examinar si existió o no un actuar ilícito de la Administración.

En este caso, consta en autos que el Tribunal de Cuentas observó las compras directas analizadas por la sentencia. Tal como señala el fallo “En forma clara, concreta el Tribunal de Cuentas le señaló al Ministerio del Interior que las contrataciones debían realizarse mediante licitación pública u otro procedimiento competitivo de acuerdo al art.33 del TOCAF, pues no advertía que la compra de la mercadería que nos ocupa pudiera estar contemplada en alguna excepción, de las previstas en la norma citada”.

En consecuencia, resulta incuestionable que el pronunciamiento del Tribunal de Cuentas no es suficiente para concluir acerca de la ilegitimidad de los actos que se cuestionen, sin perjuicio de ello, nada impide que el Tribunal tenga en cuenta los fundamentos en los cuales el Tribunal fundó su observación para llegar a la conclusión de que el acto que aprobó una compra directa es ilegítimo.

3.3 La mera invocación de razones de buena administración no habilita la compra directa si no está probada la causal de excepción

El Estado alegó que las compras directas efectuadas eran perfectamente legítimas en tanto estaban justificadas en razones de buena administración y que así lo establecía el art. 33 del TOCAF. Más específicamente, sostuvo que las razones por las cuales optó por

5 Carlos E. DELPIAZZO – “Tribunal de Cuentas”, AMF, Montevideo, 1981, pág. 58.; Elías Mantero Mauri, – “Perfeccionamiento y responsabilidad civil en los contratos con la Administración, AMF, Montevideo, 2011, págs. 69 a 71.

contratar en forma directa fueron por parámetros de calidad, buen valor en el mercado, menor costo y a la vez fomentar el fortalecimiento del Plan de Desarrollo impulsado por la Intendencia de Tacuarembó y Cooperativas de Trabajo Américo Caorsi, apoyando a las mismas.

Sin embargo, no es correcto que el art. 33 del TOCAF habilite la compra directa por el solo hecho de que se invoquen o se configuren razones de buena administración.

Por el contrario, el art. 33 del TOCAF establece que la regla general⁶ es que “Las contrataciones se realizarán mediante licitación pública u otro procedimiento competitivo expresamente previsto” y seguidamente, establece que podrá contratar “Directamente o por el procedimiento que el ordenador determine por razones de buena administración, **en los siguientes casos de excepción**” (lit C, destacado nuestro).

Tal como puede apreciarse, surge del tenor literal del art. 33 lit. C que la posibilidad de contratar directamente no queda habilitada únicamente por la invocación o incluso por la verificación de razones de buena administración, sino que debe verificarse **además** alguna de las hipótesis de excepción consagradas por el ordenamiento positivo.

Pues bien, en este caso ni siquiera se invoca cuál sería la causal de excepción en la cual quedaría encuadrada esta compra. Por el contrario, únicamente se ensaya cuales serían las razones de buena administración o conveniencia que se tuvieron en cuenta para omitir llamar a un procedimiento competitivo.

En este sentido, adviértase que el propio Tribunal de Cuentas al formular su observación, señaló expresamente que no se advertía en cual de las excepciones previstas por el art. 33 podía estar incluida la compra de esta mercadería no perecedera.

Es por ello, que se comparte el fallo en cuanto señala que el Estado “No probó la causa que justificaría un apartamiento al art.33 del TOCAF en la interpretación dada por el a quo y por el Tribunal de Cuentas, que se dijo la Sala comparte. No se comprende cuál es la razón de “buena administración”, concepto que no se pudo asimilar a “razones de conveniencia” en que se funda la demandada para actuar de la manera en que lo hizo”.

En definitiva, entendemos que resulta de cardinal importancia advertir -como lo hizo la Sede y el Tribunal de Cuentas- que la mera invocación de razones de buena administración -aunque sean ciertas y fundadas- no es suficiente para contratar directamente, ya que el art. 33 lit. C del TOCAF no solo exige este tipo de razones, sino que además debe probarse que la hipótesis se encuentra contemplada en alguna de las causales de excepción que, a texto seguido, prevé dicho artículo.

3.4 La omisión de realizar un procedimiento competitivo cuando así está dispuesto por el art. 33 del TOCAF configura “falta de servicio”

De acuerdo al art. 24 de la Constitución, “El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todo órgano del Es-

6 Carlos E. DELPIAZZO – “Contratación Administrativa”, Universidad de Montevideo, Montevideo, 1999, pág. 121.

tado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos confiados a su gestión o dirección”.

En doctrina existe consenso acerca de que la expresión “servicio público” está usada en un sentido amplio que hace aplicable el precepto a todos los daños ocasionados por sujetos de Derecho público en el ejercicio de la función administrativa⁷.

En consecuencia, la responsabilidad de cualquier Administración frente al damnificado es directa, obligándola a indemnizar pecuniariamente tanto por los actos como por los hechos y omisiones que ocasionaren perjuicio.

Al respecto, existen divergencias de opinión acerca de si el criterio de imputación de dicha responsabilidad debe responder a pautas objetivas⁸ o a pautas subjetivas⁹.

Desde la perspectiva de la responsabilidad subjetiva, sostienen los partidarios de esa doctrina que, la responsabilidad del Estado “no es de carácter objetivo, como se ha enseñado, sino basada en la responsabilidad derivada directamente de la falta del servicio (por haber éste funcionado mal, tardíamente o por no haber funcionado) e indirectamente de la falta personal de sus funcionarios, ya sea por violación de una regla de derecho (ilegalidad en sentido lato) o por culpa proveniente de negligencias, errores, omisiones, retardos y desde luego, dolo y culpa grave”¹⁰. Adicionalmente se ha dicho que, “el criterio básico más adecuado para determinar cuándo surge responsabilidad de la Administración, es el de la falta de servicio. Si el servicio no funcionó, si funcionó con demora o si funcionó irregularmente, deriva responsabilidad. En el mal funcionamiento del servicio quedan comprendidos los casos de culpa personal del funcionario, porque es evidente que en tales casos el servicio no funcionó como era debido”¹¹.

Siguiendo esta línea, la doctrina sostiene que para que se configure responsabilidad del Estado es necesario la existencia de los siguientes elementos: a) daño; b) que dicho daño haya sido causado a terceros; c) que sea consecuencia de actos o hechos imputables al Estado; d) que exista entre ambos nexos causal; e) que los daños se hayan producido en la ejecución de los servicios públicos; f) que dichos servicios estuvieran confiados a

7 Enrique SAYAGUES LASO – “Tratado de Derecho Administrativo”, cit. Tomo I, pág. 658; Daniel Hugo Martins – “La responsabilidad de la Administración y de los funcionarios en la Constitución uruguaya”, en Rev. de Derecho Público y Privado, Tomo 30, pág. 263; Sergio Deus – “Responsabilidad civil del Estado”, en La Justicia Uruguaya, Tomo XCIV, pág. 35; Julio A. Prat – “Derecho Administrativo”, Tomo 4, vol. 2, pág. 60; y José Korzeniak – “Curso de Derecho Constitucional 2º”, vol. 2, pág. 11 y ss.

8 Justino Jiménez de Aréchaga – “La Constitución del Uruguay de 1952”, Tomo II, pág. 314; Sergio Deus – “Responsabilidad civil del Estado”, cit., pág. 31 y sigtes; Jorge Peirano Facio – “Responsabilidad del Estado”, en Anales del Foro, Tomo II, N° 109-120, pág. 72 y sigtes.; Julio A. Prat – “Derecho Administrativo” cit., Tomo 4, vol. 2, pág. 71; Mariano R. Brito – “Responsabilidad extracontractual del Estado -administrativa, legislativa y jurisdiccional-”, en Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real, pág. 129 y sigtes.; Horacio Cassinelli Muñoz – “Informe sobre la responsabilidad del Estado por acto legislativo”, en La Justicia Uruguaya, Tomo CV, págs. 323 y 324; Martín J. Risso Ferrand – “Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional” -2ª edición actualizada-, pág. 38 y sigtes; Graciela Berro – “Responsabilidad objetiva del Estado”, en Rev. de Derecho Público, Año 1992, N° 2, pág. 89 y sigtes.; y Cristina Vázquez – “Fundamentos de la responsabilidad del Estado en la doctrina juspublicista”, en Rev. de Derecho Público, Año 1995, N° 7, pág. 32 y sigtes.

9 Daniel Hugo MARTINS – “La Responsabilidad de la Administración y de los Funcionarios en la Constitución Uruguaya”, Rev. de Derecho Público y Privado, tomo 30, pág. 267.

10 Daniel Hugo MARTINS – “La Responsabilidad de la Administración y de los Funcionarios en la Constitución Uruguaya”, cit. pág. 267.

11 Enrique SAYAGUES LASO – “Tratado de Derecho Administrativo”, cit. Tomo 1, pág. 660 y 661.

la gestión o dirección del Estado y g) que los actos o hechos sean ilícitos o deriven de la culpa o dolo del servicio o del funcionario¹².

En el caso bajo análisis, es claro que, como bien sostuvo la Sede: “La conducta del Ministerio de Interior tipificó la “falla del servicio” al utilizar el mecanismo de la compra directa para comprar mercadería -pasta seca -fideos- cuando lo debía hacer a través de procedimientos competitivos, allí está el hecho ilícito. Su actuar devino ilegítimo al amparo del art.33 del TOCAF”.

En efecto, al no convocarse a un procedimiento competitivo, se violentó lo dispuesto por el art. 33 del TOCAF, configurándose un hecho ilícito que generó un daño a un tercero que se vio privado de la posibilidad de competir para vender su producto al Estado, con lo cual, se configuraron los elementos propios de la falta de servicio configurativa de la responsabilidad estatal.

3.5 El potencial oferente tiene legitimación activa para reclamar los daños y perjuicios generados por el incumplimiento del art. 33 del TOCAF

Si bien este es un tema que no se plantea en el caso que dio lugar al fallo, podría plantearse la duda en torno a si el potencial oferente tendría o no legitimación activa para reclamar por los daños que le generara la omisión de llamar a un procedimiento competitivo.

En efecto, cuando SAYAGUÉS analizó la posibilidad de que un tercero reclame daños y perjuicios por dicho incumplimiento, llegó a la conclusión de que los terceros no pueden “entablar una reclamación judicial de daños y perjuicios por la lesión de derechos, porque no existe violación alguna de sus derechos subjetivos: han sido afectados solamente en sus intereses, en sus perspectivas de ganar la licitación”¹³.

No se comparte dicha solución. En efecto, no caben dudas de que el tercero o potencial oferente no tiene un derecho subjetivo a ser adjudicado. No obstante, a lo que sí tiene derecho es a que -en los casos en que así lo determina la ley- se convoque a un procedimiento competitivo para contratar con el Estado.

Es que en el caso de la acción reparatoria de un potencial oferente, este no reclama por la violación de un derecho a ser adjudicado, sino porque se le ha privado ilegítimamente de su derecho a participar de un procedimiento competitivo tendiente a determinar cuál era la oferta más conveniente.

En este sentido, el potencial oferente tiene una situación jurídica protegida que lo habilita a una reclamación patrimonial y la norma que le confiere dicha legitimación, no es otra más que el propio art. 33 del TOCAF.

Ello es así en tanto el artículo 33 del TOCAF no persigue únicamente el beneficio de la Administración, sino que también supone una garantía genérica para los potenciales oferentes de poder competir en igualdad de condiciones para resultar adjudicados.

12 Daniel Hugo MARTINS – “La Responsabilidad de la Administración y de los Funcionarios en la Constitución Uruguaya”, cit. pág. 267.

13 Enrique SAYAGUÉS LASO – “La licitación pública”, BdeF, Montevideo –Buenos Aires, 2004. pág. 61.

En respaldo de dicha afirmación, pueden traerse a colación los desarrollos realizados por la doctrina para analizar la validez del contrato al que se llega incumpliendo el requisito de convocar a Licitación. En dichos desarrollos, se analiza el fundamento mismo de la exigencia de Licitación. Así, para algunos autores la licitación sería una formalidad dispuesta en exclusivo beneficio del Estado y entonces éste sería el único legitimado para reclamar la nulidad derivada de su incumplimiento¹⁴. Sin embargo, para otros autores, entre los que se encuentra SAYAGUÉS, el requisito de la Licitación pública está impuesto por razones de **interés público** como por ejemplo, asegurar la transparencia y honestidad en las contrataciones, por lo que “su omisión vicia totalmente el acto administrativo y apareja su nulidad, la cual puede ser declarada en cualquier momento por los propios órganos administrativos, invocada por los terceros y dar lugar a recursos contenciosos de anulación en los países donde se ha legislado sobre esa clase de acciones”¹⁵

Es por ello que, cuando se violenta la exigencia establecida en el art. 33 del TOCAF, el Estado no solo actúa en contra de su propio interés sino que además, actúa en forma ilícita lesionando una situación jurídica subjetiva del potencial oferente protegida por el ordenamiento. Esta ilicitud frente al potencial oferente se presenta tanto si se adhiere a la posición imperativista como a la valorativista sobre la noción de ilicitud¹⁶

En consecuencia, el potencial oferente tiene legitimación activa para entablar una acción de reparación por el daño que le generó el no haber tenido la chance de ser adjudicado. Dicha legitimación, proviene del propio art. 33 del TOCAF que, no solo protege al Estado, sino también al potencial oferente. Asimismo, para proteger este tipo de daño, es que nuestra doctrina y jurisprudencia admiten el reclamo por la “perdida de chance” que protege justamente, situaciones como esta.

3.6 El potencial oferente sufre un daño consistente en la “pérdida de chance” de participar y resultar adjudicado en el procedimiento competitivo

La principal dificultad que plantea la cuestión bajo análisis es cómo cuantificar el daño consistente en la pérdida de chance de haber resultado adjudicado. Esto es, como hace el potencial oferente para demostrar que efectivamente tenía chance de ganar un eventual procedimiento competitivo y cómo cuantifica esa chance.

Como enseña GAMARRA, “la pérdida de la chance consiste en la “pérdida de la probabilidad de ganar algo, normalmente la situación futura que con la pérdida de la chance deviene imposible (impidiendo definitivamente su verificación) significa una ventaja o un beneficio para el damnificado”¹⁷.

En este sentido, lo primero que hay que tener en cuenta es que “el daño resarcible consiste en la pérdida de la “chance” y no en la pérdida de la ventaja esperada o situa-

14 Enrique SAYAGUÉS LASO – “La licitación pública”, cit., pág. 60.

15 Enrique SAYAGUÉS LASO – “La licitación pública”, cit. pág. 60.

16 Gerardo Caffera y Elías Mantero Mauri – “Protección extracontractual del crédito”, 2ª Ed., FCU, Montevideo, 2016, págs. 54 y ss.

17 Jorge GAMARRA – “Tratado de Derecho Civil Uruguayo”, FCU, Montevideo, Tomo XXIV, Vol. 6, Parte VII, pág. 115.

ción terminal”¹⁸ por lo que la reparación consistirá en una fracción de la ganancia esperada, cuantificada en función de la importancia de la chance¹⁹.

En este caso, es claro que el daño no es la pérdida del monto adjudicado directamente, sino que el daño es la pérdida de la chance de haber podido obtener las ganancias derivadas de esa contratación.

Para ello, será necesario probar que el actor tenía una chance de resultar adjudicado. A modo de ejemplo, podría probarse que el potencial oferente estaba inscripto en el Registro Único de Proveedores del Estado, que giraba en el ramo contratado, que tenía capacidad de hacer frente a la demanda de productos o servicios del Estado, que tenía antecedentes de haber participado y/o resultado adjudicado en procesos competitivos anteriores, etc.

Por otra parte, para la determinación del valor de la chance, la doctrina ha establecido principios rectores que permiten determinar su valor. El primero de los principios reza que “la probabilidad es mayor cuando más próximo se encuentra el evento dañoso de la situación terminal de ganancia esperada” y el segundo que “cuanto mayores son las contingencias, menor es el valor de la “chance” perdida”²⁰.

En cuanto a la forma de **liquidación de la pérdida de chance** la doctrina ha establecido que la operación está enmarcada por dos principios: 1º) la indemnización no puede consistir nunca en la totalidad de la ganancia esperada sino en una fracción de la misma y 2º) la fracción total que corresponde indemnizar se mide sobre el valor de la chance, según el cálculo de probabilidades y circunstancias particulares del caso. Cuanto más fuerte es la probabilidad y mayores las posibilidades de éxito más cerca estará la reparación de la indemnización que hubiera correspondido otorgar en el caso hipotético de que se hubiera verificado la ventaja esperada²¹.

En estos casos, no es posible asegurar que el potencial oferente iba a resultar adjudicado, no obstante, podrá demostrarse que dada la estructura económica del oferente, su competitividad, etc., el mismo estaba en condiciones de ofertar un precio menor al que resultó adjudicado directamente.

Asimismo, respecto a la liquidación de la chance, se comparte con el Tribunal que la ganancia líquida que el oferente se perdió de ganar, debe ser apreciada en función de su realidad económica y no la del que fue adjudicado directamente, ya que la estructura de costos puede variar de un caso a otro. En este sentido, el fallo sostuvo que: “la Sala comparte con el actor en que el daño que se debe resarcir es lo que DARCEL S.A pudo dejar de ganar y no lo que otros ganaron. Se debe calcular la ganancia líquida sobre su realidad económica, situación funcional, competitividad, rentabilidad, etc., todos elementos que no surgen de autos por lo que se diferirá el quantum a la vía incidental”.

18 Jorge GAMARRA – ob. cit., Tomo XXIV, Vol.6º, pág. 116.

19 Jorge GAMARRA – ob. cit., Tomo XXIV, Vol.6º, pág. 118.

20 Jorge GAMARRA – ob. cit., Tomo XXIV, Vol.6º, pág.120 y 121.

21 Jorge GAMARRA – ob. cit., Tomo XXIV, Vol.6º, pág. 121 y 123.

3.7 La publicación en la página web de compras y contrataciones del Estado de la compra directa, no hace comenzara correr el plazo para recurrirla

En este caso, el Estado sostuvo que una de las compras directas fue publicada en la página web de compras y contrataciones del Estado el 23 de marzo de 2014 y que el recurso fue presentado el 30 de mayo de 2014, por lo que a su criterio, habría vencido el plazo de 10 días para recurrirla y como corolario, el acto habría sido consentido y no se podría reclamar ahora reparación alguna.

Para ello, fundó su posición en el art. 50 del TOCAF vigente en ese momento que disponía que: "Es obligatoria la publicación por parte de los organismos estatales en el sitio web de Compras y Contrataciones Estatales la información correspondiente a contrataciones de obras, bienes y servicios de todas las licitaciones y convocatorias a procedimientos competitivos que se realicen. La publicación de la convocatoria tendrá el alcance establecido en el art.4° de la ley N°15.869 de 22 de junio de 1987.....".

Sin embargo, la Sede sostuvo que: "Dado el claro tenor de la norma, las compras directas como es el caso que nos ocupa, no están comprendidas, pues el inciso refiere a lo opuesto a licitaciones y procedimientos competitivos. El art.50 del TOCAF refiere a la obligatoriedad de la publicación en la página web para dar mayor publicidad, transparencia a los procesos competitivos. Pero esta norma **no puede alterar el régimen constitucional consagrado en el art. 317 de nuestra Constitución**. Los actos administrativos deben ser notificados personalmente en el caso que corresponda o publicados en el Diario Oficial acorde a lo dispuesto en el art.4 de la ley 15.869 y art.142 inciso segundo del D 500/991 como lo consignó en su resolución el quo. En su consecuencia, al no haber sido notificadas las resoluciones acorde a la normativa citada se podían recurrir en cualquier momento" (destacado nuestro).

Dicha solución resulta plenamente compartible, en tanto con prescindencia de la postura que se adopte en cuanto a si es necesario o no agotar la vía administrativa para promover el proceso reparatorio, lo cierto es que no puede privarse al potencial oferente de la posibilidad de recurrir el acto administrativo que dispone la compra directa si no fue notificado del mismo en la forma que establece el art. 317 de la Constitución²².

4. Conclusiones

De lo anteriormente señalado, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1. El Juez ordinario tiene plena competencia para analizar la legitimidad de un acto administrativo que adjudica una compra directa, incluso, si ella se plantea por vía de acción.
2. La observación de la compra directa por parte del Tribunal de Cuentas es un indicio de su ilegitimidad que el Juez puede tomar en consideración al analizar la legitimidad del acto.

22 Augusto DURÁN MARTÍNEZ – "Contencioso administrativo", F.C.U., Montevideo, 2009, pág. 172.

3. La mera invocación de razones de buena administración no habilita la compra directa si no está probada la causal de excepción prevista en el art. 33 del TOCAF.
4. La omisión de realizar un procedimiento competitivo cuando así está dispuesto por el art. 33 del TOCAF configura “falta de servicio”.
5. El potencial oferente tiene legitimación activa para reclamar los daños y perjuicios generados por el incumplimiento del art. 33 del TOCAF ya que dicho artículo, no solo protege los intereses de la Administración, sino que también protege el derecho del potencial oferente a que no se lo prive de la chance de competir para ser adjudicado.
6. El potencial oferente sufre un daño consistente en la “pérdida de chance” de participar y resultar adjudicado en el procedimiento competitivo
7. La publicación en la página web de compras y contrataciones del Estado de la compra directa, no hace comenzar a correr el plazo para recurrirla

BIBLIOGRAFÍA

Berro, Graciela - “Responsabilidad objetiva del Estado”, en Rev. de Derecho Público, Año 1992, N° 2, pág. 89 y sigtes.

Brito, Mariano - “Responsabilidad extracontractual del Estado -administrativa, legislativa y jurisdiccional” en Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real, pág. 129 y sigtes.

Caffera, Gerardo y Mantero Mauri, Elías – “Protección extracontractual del crédito”, 2ª Ed., FCU, Montevideo, 2016, págs. 54 y ss.

CAJARVILLE, Pablo – “Sobre Derecho Administrativo”, F.C.U., 2007, Tomo II, pág. 606;

Cassinelli Muñoz, Horacio - “Informe sobre la responsabilidad del Estado por acto legislativo”, en La Justicia Uruguaya, Tomo CV, págs. 323 y 324;

CASSINELLI MUÑOZ, Horacio - “Competencia del Poder Judicial para Conocer de la Validez de un Acto Administrativo como Premisa del Fallo” en Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración, Tomo 71, Montevideo, pág. 94

DELPIAZZO, Carlos E. – “Contratación Administrativa”, Universidad de Montevideo, Montevideo, 1999, pág. 121.

DELPIAZZO, Carlos E. – “Tribunal de Cuentas”, AMF, Montevideo, 1981, pág. 58.

Deus, Sergio - “Responsabilidad civil del Estado”, en La Justicia Uruguaya, Tomo XCIV, pág. 35.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto – “Contencioso administrativo”, FCU, Montevideo, 2009, pág. 172.

DURAN MARTINEZ, Augusto - “Contratos administrativos, Vicios y Juez Competente para Juzgarlos. El Caso Caravana”, en “Casos de Derecho Administrativo” Ingrausi, Montevideo, 1999, Vol. I, pág. 68.

GAMARRA, Jorge – “Tratado de Derecho Civil Uruguayo”, FCU, Montevideo, Tomo XXIV, Vol. 6, Parte VII, pág. 115.

GIORGI, Héctor – “El Contencioso Administrativo de Anulación”, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo, 1958, pág. 83.

GUTIÉRREZ, Adrián – “Potestades de Juez sobre el acto administrativo” en <https://es.slideshare.net/24-7/potestades-del-juez-sobre-al-acto-administrativo>

Jiménez de Aréchaga, Justino - “La Constitución del Uruguay de 1952”, Tomo II, pág. 314.

Korzeniak, José – “Curso de Derecho Constitucional 2º”, vol. 2, pág. 11 y ss.

LABORDE GOÑI, Marcelo – “El principio de buena fe como rector del Ejercicio de la Función Pública” en Revista de Derecho Público, F.C.U., 2016, Año 25, Número 50, diciembre de 2016, pág. 67.

Mantero Mauri, Elías – “Perfeccionamiento y responsabilidad civil en los contratos con la Administración, AMF, Montevideo, 2011, págs. 69 a 71.

Martins, Daniel Hugo - “La responsabilidad de la Administración y de los funcionarios en la Constitución uruguaya”, en Rev. de Derecho Público y Privado, Tomo 30, pág. 263.

MARTINS, Daniel Hugo – “La Responsabilidad de la Administración y de los Funcionarios en la Constitución Uruguaya”, Rev. de Derecho Público y Privado, tomo 30, pág. 267.

MENDEZ, Aparicio – “Lo Contencioso de Anulación en el Derecho Uruguayo”, Montevideo, Biblioteca de Revista de Derecho Público y Privado, Montevideo, 1952, pág. 77.

OCHS, Daniel – “La Acción de Amparo”, FCU, Montevideo, 2001, pág. 69;

OHANIAN, Gabriel - “Juez y Acto Administrativo”, en Revista Judicatura No. 44, mayo, 2006, Montevideo, IMPO, 2006, pág. 309.

Peirano Facio, Jorge - “Responsabilidad del Estado”, en Anales del Foro, Tomo II, N° 109-120, pág. 72 y sigtes.

Prat, Julio - “Derecho Administrativo”, Tomo 4, vol. 2, pág. 60.

Risso Ferrand, Martín J. - "Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional" -2ª edición actualizada-, pág. 38 y sigtes.

SAYAGUÉS LASO, Enrique - "La licitación pública", BdeF, Montevideo -Buenos Aires, 2004. pág. 61.

SAYAGUES LASO, Enrique - "Tratado de Derecho Administrativo", F.C.U., Montevideo, 2010, 9º Edición, pág. 555.

Vázquez, Cristina - "Fundamentos de la responsabilidad del Estado en la doctrina juspublicista", en Rev. de Derecho Público, Año 1995, N° 7, pág. 32 y sigtes.

TEXTO DE LA SENTENCIA

Sentencia N° SEF-0007-000140/2017 DFA-0007-000433/2017

TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE TERCER TURNO

MINISTRA REDACTORA: DRA. CLAUDIA KELLAND.

MINISTRAS FIRMANTES: DRA. ALONSO, DRA. OPERTTI, DRA. KELLAND.

Montevideo, 27 de octubre de 2017

VISTOS:

Para dictado de Sentencia Definitiva en segunda instancia los presentes autos caratulados: "DARCEL S.A C/ MINISTERIO DEL INTERIOR -REPARATORIO PATRIMONIAL POR RESPONSABILIDAD ADM. POR HECHO-" IUE 2-45215/2015, en mérito al recurso de apelación interpuesto por la parte actora y demandada contra la Sentencia Definitiva N°93/2016 de fecha 24 de noviembre de 2016 y por el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia interlocutoria N°66/2016 de fecha 26 de julio de 2016, dictadas por el Sr. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 3er turno, Dr. Pablo Eguren, se manifiesta.

RESULTANDO:

I) Por la sentencia interlocutoria impugnada el a quo desestimó la excepción previa de falta de agotamiento de la vía administrativa interpuesta por el Ministerio del Interior (fs.505-508 vto.) y por la sentencia definitiva amparó parcialmente la demanda condenando al accionado al pago del rubro pérdida de la chance en un 30% de las ganancias líquidas que obtuvieron los beneficiados por la compra directa -Cooperativa de Trabajo Américo Caorsi y Grankal S.A- más reajustes de acuerdo al D.L 14.500 e intereses legales a partir de la demanda hasta su efectivo pago, ordenando que se determinara el monto

de acuerdo al procedimiento del artículo 378 del C.G.P, sin especial condena en la instancia (fs.563-567).

II) En tiempo y forma compareció el representante de DARCEL S.A interponiendo el recurso de apelación que nos ocupa, esgrimiendo agravios concretos que lucen a fs.568-579.

En síntesis señaló, que si bien la sentencia amparó parcialmente la demanda le causa agravio a su representada en cuanto determinó el quantum de la reparación en base a la ganancia líquida obtenida por los proveedores beneficiarios de la ilegítima actuación de la demandada, y no de la ganancia líquida que DARCEL S.A hubiese obtenido de haber resultado adjudicataria de un procedimiento licitatorio.

Considera que el cálculo debe hacerse teniendo en cuenta todas las circunstancias y contingencias que hubiesen rodeado a ese beneficio cuya posibilidad de acceso perdió ilegítimamente y no del que otro efectivamente ganó.

En definitiva señaló, que el daño a resarcir no está constituido por una parte de lo que otros ganaron sino de la ganancia que su representada perdió como consecuencia directa de la actuación ilegítima de la Administración. Considera que en un futuro proceso se deberá estimar cuánto hubiese cotizado su representada en el proceso licitatorio y cuál había sido la ganancia líquida devengada conforme a lo que son sus propios costos de estructura.

En su defecto, en forma subsidiaria pidió al Tribunal que determine la cuantía del rubro pérdida de la chance, en un porcentaje de los ingresos brutos facturados por los beneficiados por la compra directa, prescindiéndose de la necesidad de promover un incidente de liquidación vía incidental art.378 del C.G.P.

III) En tiempo y forma compareció el representante legal del Ministerio del Interior e interpuso y fundó el recurso de apelación anunciado en audiencia preliminar contra la sentencia interlocutoria N°66/2016 dictada el 26 de julio de 2016 y contra la sentencia definitiva según fundamentos que lucen a fs.574-579.

Respecto de la sentencia interlocutoria se agravia por haberse desestimado la excepción opuesta de falta de agotamiento de la vía administrativa.

Señaló que la demanda de obrados se centra en la compra directa por excepción cumplida a través de dos procedimientos: 6/2014 y 15/2014 (fs.574). Con respecto al primer procedimiento destacó que la adjudicación fue publicada en la página web de compras y contrataciones del Estado. La publicación se cumplió el 20.3.2014 y el recurso fue presentado el 30.5.2014. En su consecuencia, el demandado entiende que no removió su contraria el obstáculo que le impedía concurrir al Poder Judicial a solicitar la reparación del mal que alega conforme a lo establecido en los arts.309 y 312 de la Constitución. Afirma que el recurso fue presentado fuera de plazo.

Destaca que de acuerdo al art.50 del TOCAF en la redacción dada por el art.31 de la ley 18.834 la notificación que se prevé es a través de la publicación en la página web, tal

como se hizo. En definitiva y respecto del procedimiento realizado de Compra Directa N°6/2014 considera que nunca podría prosperar por extemporáneo.

Respecto de la sentencia definitiva señaló que el juez no pudo entrar a considerar la legitimidad o ilegitimidad de dichos actos lo cual es competencia exclusiva del TCA. Además señala, que si bien el Tribunal de Cuentas observó el gasto este hecho no es suficiente para decir que un acto administrativo es ilegítimo o contrario a derecho, siendo el TCA el único que tiene jurisdicción a sus efectos.

Señala que al no haber agotado la vía administrativa, permaneció omisa, consintiendo la existencia de tales actos, siendo de aplicación la teoría del acto propio.

Explicó que las razones por las cuales se optó por contratar en forma directa fueron por parámetros de calidad, buen valor en el mercado, menor costo y a la vez fomentar el fortalecimiento del Plan de Desarrollo impulsado por la Intendencia de Tacuarembó y Cooperativas de Trabajo Américo Caorsi, apoyando a las mismas.

Se agravia por no entender dónde está la "falla del servicio" en que funda el a quo la condena, cuando conforme a lo previsto en el art.33 del TOCAF el ordenador podía ejercer la modalidad de compra por políticas de buena administración y compró directamente al productor un producto perecedero. Que no se probó en estas actuaciones que se hubiera abonado por los fideos un precio mayor.

Respecto del monto fijado en el 30% por concepto de pérdida de chance considera que es elevado, que no había certeza de que fuera DARCEL S.A la adjudicataria de los productos en cuestión. Que de acuerdo a los antecedentes administrativos existía una gran probabilidad de que hubiese sido otra empresa la adjudicataria, como ocurrió en el año 2007 donde se le adjudicó la compra a otra empresa, a la que luego se le amplió la compa. Y en el año 2008 ocurrió de igual forma, no resultó ser la adjudicataria la actora.

Por lo que solo tenía una mera expectativa de resultar adjudicataria no existiendo ningún elemento de convicción suficiente aportado por la parte actora para sostener que ésta habría resultado adjudicataria de las compras hoy cuestionadas en forma tardía.

En definitiva, considera que DARCEL S.A no podría haber resultado adjudicataria como sucedió en anteriores oportunidades, por lo tanto no hay daño alguno para reclamar.

Pide se revoque la impugnada y se reciban sus agravios.

IV) Por providencia N°38/2017 (fs.580) se dio traslado de los recursos de apelación en forma recíproca. En tiempo y forma evacuó la actora el traslado conferido según fundamentos que obran en escrito de fs.583-593 y de igual forma la demandada como consta a fs.596-598.

V) Por providencia N°246/2017 (fs.599) el a quo tuvo por interpuesto en tiempo y forma los recursos de apelación, franqueó la alzada con efecto suspensivo (fs.251 numeral 1, 252.1 y 255 del C.G.P).

Los autos fueron recibidos por el Tribunal, se asumió competencia y pasaron a estudio de las Sras. Ministras acordándose el dictado de decisión anticipada (art.200.1 del C.G.P).

CONSIDERANDO:

I) La Sala acepta el correcto relato de antecedentes procesales que se consignó en la recurrida y por el número de voluntades requerido por la ley (art.61 inc.1 de la LOT) de conformidad de sus miembros naturales habrá de confirmar la sentencia interlocutoria y confirmar parcialmente la sentencia definitiva por los fundamentos que se darán, sin especial condena en la instancia.

II) En virtud del principio de congruencia que se impone en toda decisión judicial (art.198 del C.G.P), el Tribunal de alzada por mandato legal (art. 257.1, 257.2, 257.3 del C.G.P), se ve limitado a revisar únicamente lo que fue expresión de agravios, sin perjuicio de las facultades que le confiere el legislador acorde lo preceptúa el art. 217 y art. 257.4 del C.G.P. Y concretamente en materia de nulidad la última norma citada, nos remite a las disposiciones contenidas en la Sección VII, Capítulo VI del libro I.

III) Corresponde al Tribunal de alzada -preceptivamente-, efectuar el examen de la procedencia y regularidad formal de los recursos, con antelación al estudio de los agravios, ya que el régimen de los medios impugnativos es de orden público. El Tribunal debe investigar de oficio si quien ha apelado reviste la calidad de parte, si el recurso se interpuso en debida forma y tiempo, y si la providencia impugnada es susceptible de recurso y controlar el efecto dado por el Tribunal inferior (Cfme. R.U.D.P. 3-4/98 c.2996).

En mérito a lo referido ut-supra se dirá que no existe impedimento formal alguno para que se analice el mérito del accionamiento movilizado por las partes, advirtiendo del examen del expediente que se cumplió cada una de las instancias procesales que conforman el debido proceso, y que la recurrencia ha sido impetrada acorde a derecho.

Ahora bien, no sólo se deben estudiar los aspectos formales como requisito de admisibilidad de la alzada, sino los agravios formulados, su contenido.

La expresión de agravios debe ser un examen crítico del pronunciamiento recaído, que examine los fundamentos de la decisión y analice concretamente el supuesto error indicando, para concluir fundamentando la necesidad de que el fallo sea revisado. Ello es así puesto que el reexamen en la alzada no se justifica únicamente mediante la reiteración de pretensiones deducidas y mantenidas a lo largo del juicio, sino también por la referida impugnación crítica que ponga en entredicho la decisión de primer grado, atacando sus bases fácticas y jurídicas.

Los apelantes introdujeron agravios concretos (resumidos en el Resultando II y III) que se analizaron a la luz de los fundamentos del fallo y de la prueba de autos.

IV) Interpretada rectamente la demanda (fs81-94.) surge que DARCEL S.A conocida con el nombre de "LAS ACACIAS", es una empresa que gira en el ramo de la fabrica-

ción y comercialización de pastas secas. Afirmó que históricamente ha estado vinculada con distintas entidades estatales, entre ellas la demandada, participando en infinidad de procedimientos competitivos en los cuales ha resultado adjudicataria proveyendo de mercadería en el rubro fideos.

Señaló que hasta el año 2014 el Ministerio del Interior cumplía con las disposiciones legales para la adquisición de los productos en cuestión hasta que dejó de hacerlo en forma ilegítima adjudicando las compras en forma directa. Precisamente destacó su sorpresa cuando se enteró que la accionada había firmado un convenio con la Cooperativa de Trabajo Américo Caorsi y el Molino Santa Rosa. Refirió a dos compras, una por Resolución N°25414/2014 Compra Directa N°6/2014 por un monto de \$ 16.504.699,32 de fecha 5 de marzo de 2014 y otra por Resolución 1658/2015 Compra Directa N°10/2015 de fecha 20 de mayo de 2016 por un monto de \$ 22.466.720,72.

Afirmó que según el art.33 del TOCAF en que se fundan ambas resoluciones, las compras deben hacerse por licitación pública u otro procedimiento competitivo, pero nunca en forma directa.

Responsabiliza al Estado- Ministerio del Interior- (art.24 de la Constitución de la República) por haber incurrido en una conducta ilegítima, apartándose del dictamen del Tribunal de Cuentas, quien observó la contratación del Ministerio. En su consecuencia, considera que los contratos firmados son contrarios a derecho y generaron perjuicios a su representada.

Solicitó se condene al Estado al pago de daño emergente el que cuantificó en \$ 46.354 más reajustes e intereses y lucro cesante y/o pérdida de chance el que estimó en el 90% de las sumas que fueron compradas directamente por excepción (ilegítima) a la Cooperativa de Trabajo Américo Caorsi y a Grankal S.A por lo que reclama una condena de \$ 35.074.277, más reajustes e intereses. V) Por orden lógico se analizará en primer lugar los agravios esgrimidos por el Ministerio del Interior contra la sentencia interlocutoria N°66/2016 dictada en audiencia preliminar en cuanto desestimó la excepción previa de falta de agotamiento de la vía administrativa (fs.506-508 vto).

La Sala confirmará la impugnada por compartir los fundamentos del a quo en lo que dirá.

La Resolución N°25414/2014 de fecha 5 de marzo de 2014 (fs.16-17) autorizó y reiteró el gasto de la Compra Directa por Excepción N°6/2014. Es frente a esta resolución que el Estado entiende que el actor no agotó la vía administrativa porque interpuso el recurso en forma extemporánea. Para tal afirmación señaló que la adjudicación fue publicada en la página web de compras y contrataciones del Estado conforme a derecho. La publicación se efectuó el 20 de marzo de 2014, el recurso se presentó con fecha 30 de mayo de 2014 (fs.37-43), la demandada concluye que no fue interpuesto en tiempo útil. Fundó su derecho en el art.50 del TOCAF, en la ley 18.834, art.31. Señaló que la norma previó que la publicación en la página web abre un plazo para recurrir a quienes se consideren titulares de un interés directo, personal y legítimo, pero que no se encuentren comprendidos en la situación que regula el art.317 de la Constitución y por la cual se dispone la publicación en el Diario Oficial. No se comparte tal postura.

El art.50 del TOCAF vigente al momento histórico que interesa disponía que "Es obligatoria la publicación por parte de los organismos estatales en el sitio web de Compras y Contrataciones Estatales la información correspondiente a contrataciones de obras, bienes y servicios de todas las licitaciones y convocatorias a procedimientos competitivos que se realicen. La publicación de la convocatoria tendrá el alcance establecido en el art.4° de la ley N°15.869 de 22 de junio de 1987.....".

Dado el claro tenor de la norma las compras directas como es el caso que nos ocupa, no están comprendidas, pues el inciso refiere a lo opuesto a licitaciones y procedimientos competitivos. El art.50 del TOCAF refiere a la obligatoriedad de la publicación en la página web para dar mayor publicidad, transparencia a los procesos competitivos. Pero esta norma no puede alterar el régimen constitucional consagrado en el art.317 de nuestra Constitución. Los actos administrativos deben ser notificados personalmente en el caso que corresponda o publicados en el Diario Oficial acorde a lo dispuesto en el art.4 de la ley 15.869 y art.142 inciso segundo del D 500/991 como lo consignó en su resolución el quo. En su consecuencia, al no haber sido notificadas las resoluciones acorde a la normativa citada se podían recurrir en cualquier momento.

Se destaca que respecto de la Resolución N°1658/2015 de fecha 20 de mayo de 2015 referente a la Compra Directa N°10/2015, la demandada no formuló cuestión formal, ni agravios al apelar, pues la misma fue recurrida dentro de los 10 días corridos a la publicación en la página web (fs.44 recurso presentado 17 de junio). Postura que marca coherencia con su posición, no obstante lo dicho por la Sala, que entiende que en los dos casos por los motivos dados se agotó la vía administrativa.

En congruencia se rechaza también el intento del Estado de querer aplicar al caso la Teoría del Acto propio afirmando que la actora consintió las compras cuestionadas en autos al no recurrir.

VI) En cuanto a la responsabilidad estatal imputada al accionado, la Sala comparte en todos sus términos los fundamentos dados por el a quo. El Tribunal con anterior integración que la actual mantiene, se afilia a la postura doctrinaria y jurisprudencial de la tesis subjetiva y en el caso considera que existió "falla en el servicio" actuando el Ministerio del Interior de manera no ajustada a derecho en forma antijurídica, realizando compras directas cuando no le estaba permitido (art.24 de la Constitución, art.33 del TOCAF).

Respecto a la falta de jurisdicción y/o competencia alegada en forma tardía en el proceso, es de franco rechazo.

En el orden procesal debió -en su caso- al contestar la demanda oponer todas las excepciones y/o cuestiones formales que entendía pertinente tal como lo hizo respecto del agotamiento de la vía administrativa (art.132 y 133 del C.G.P).

Interpretada la contestación (fs.476-483vto) advertimos en la misma tres capítulos diferentes: 1-opone excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, 2- contesta la demanda en su aspecto sustancial, 3-controvierte la procedencia y monto de los daños y perjuicios solicitados. Nada dijo en su momento sobre lo que ahora introduce por vía

de apelación refiriendo a que el Poder Judicial no tiene competencia ni jurisdicción para analizar la legitimidad o ilegitimidad de los actos administrativos objeto de este proceso, afirmando que es competencia exclusiva del TCA.

No obstante la oportunidad procesal del planteo, se señala que el Poder Judicial puede y debe analizar la legalidad de los actos administrativos en materia de reparatoria patrimonial que es el proceso que nos ocupa. Claramente el objeto del proceso de los juicios que se promueven ante el Poder Judicial y ante el TCA son diferentes, lo que el Estado no puede desconocer. Aquí se pretende responsabilizar al Estado desde el punto de vista civil, no se está pidiendo que se anulen los actos administrativos ilegítimos, sino que se pide que se repare el perjuicio económico ocasionado por un actuar ilegítimo del Estado. Sobre el punto la Sala comparte lo dicho por el actor al evacuar el traslado de la apelación, a lo que nada más corresponde agregar (fs.586-588vto) debiendo tener presente el demandado los arts.24, 309 y 312 de nuestra Constitución.

VII) En la sentencia impugnada el magistrado efectuó un pormenorizado relato de los hechos, actuaciones administrativas (considerando I fs.564-564vto), a los cuales el Tribunal se remite por economía procesal, además de ser hechos alegados por ambas partes, no controvertidos. De igual forma el a quo refirió a la normativa aplicable al caso compartiéndose su interpretación.

Del estudio de la prueba de autos se evidencia claramente que el Ministerio del Interior cambió la forma de contratación. Antes del año 2014 se realizaban las compras de mercadería como las que nos ocupa (pasta secas, fideos) a través de procedimientos competitivos y pasó a ser realizado mediante compras directas, en perjuicio de empresas como la actora que gira en el ramo de pastas secas, y que con anterioridad había resultado adjudicataria. Las compras directas solo se pueden realizar en casos excepcionales previstos legalmente. En las dos compras objeto de este proceso se benefició a la Cooperativa de Trabajadores Américo Caorsi de acuerdo al Convenio celebrado el 14 de febrero de 2014 en forma conjunta con la Intendencia de Tacuarembó (fs.261-261vto). Luego operó una cesión de la Cooperativa a favor de GRANKAL S.A (fs.238-284). Consta en autos que el Tribunal de Cuentas observó el convenio referido según Resoluciones de fecha 29 de enero de 2014 (fs.254-256) y 18 de marzo de 2015 (fs.133-136). En forma clara, concreta el Tribunal de Cuentas le señaló al Ministerio del Interior que las contrataciones debían realizarse mediante licitación pública u otro procedimiento competitivo de acuerdo al art.33 del TOCAF, pues no advertía que la compra de la mercadería que nos ocupa pudiera estar contemplada en alguna excepción, de las previstas en la norma citada.

No obstante la contundente observación, el Ministerio del Interior hace caso omiso y funda su decisión en que de esa forma -compra directa- se beneficia sus intereses comprando productos de calidad y a menor costo para alimentar a las personas privadas de libertad donde en la dieta diaria se brinda ese tipo de comida.

Asimismo señala que de esa forma -compra directa- contribuye con fomentar el fortalecimiento del plan de desarrollo impulsado por la Intendencia de Tacuarembó y la Cooperativa de Trabajo Américo Caorsi (fs.7-8 del expediente acordonado 2014-4-10006579,

fs.479 y ss). La demandada funda su derecho en el art.33 del TOCAF, en la misma norma en que se fundó el Tribunal de Cuentas para observar la contratación de alimentos no perecederos (a diferencia de los alimentos frescos como pueden ser las frutas o verduras, que no es el caso de autos).

La Sala ha estudiado los fundamentos dados por la demandada para efectuar las compras directas y concluye que por más que el fin pueda ser loable, esto es tratar de colaborar para el desarrollo de planes de trabajo, cooperativas, etc, no puede desconocer el orden jurídico, apartarse del mismo. No probó la causa que justificaría un apartamiento al art.33 del TOCAF en la interpretación dada por el a quo y por el Tribunal de Cuentas, que se dijo la Sala comparte. No se comprende cuál es la razón de "buena administración", concepto que no se puede asimilar a "razones de conveniencia" en que se funda la demandada para actuar de la manera en que lo hizo.

Resulta de aplicación al caso la comprendida expresión popular que el fin no puede justificar los medios cuando para ello se deba apartar del ordenamiento jurídico que debe primar siempre para una pacífica convivencia en un Estado de Derecho.

La conducta del Ministerio de Interior tipificó la "falla del servicio" al utilizar el mecanismo de la compra directa para comprar mercadería -pasta seca-fideos- cuando lo debía hacer a través de procedimientos competitivos, allí está el hecho ilícito. Su actuar devino ilegítimo al amparo del art.33 del TOCAF.

VIII) En cuanto a la condena por "pérdida de chance" la Sala confirmará su procedencia por sus fundamentos y recibe el agravio del actor -en lo que se dirá- por considerar que la forma de reparación económica impuesta en primer grado no es justa acorde a los parámetros utilizados.

Como bien lo precisó el a quo la actora se encuentra inscrita en la Unidad Centralizada de Adquisiciones dependientes del MEF (fs.73) y ha participado en licitaciones acorde a los distintos llamados (prueba documental aportada con la demanda fs.53 y ss), no siempre ha resultado adjudicataria. No obstante, con la conducta antijurídica adoptada por la accionada, se le impidió tener una chance de poder vender sus productos al Estado. Como ha dicho la doctrina y jurisprudencia civilista nacional, la "pérdida de la chance" implica la pérdida de una probabilidad de lograr una ganancia futura aunque el perjuicio es presente en la medida en que se le está impidiendo en el caso competir para vender. No se le dio la posibilidad de poder participar en un proceso competitivo que era lo que correspondía. El resultado no se puede saber con exactitud, pues depende de muchos factores, no se puede saber si hubiese resultado adjudicataria a ciencia exacta, debía competir con terceros. Aquí se encuentra el mayor problema que es precisamente justipreciar el perjuicio económico.

En la demanda se estimó el lucro cesante y/o pérdida de chance en "...Se estima en el 90% de las sumas que fueron compradas directamente por excepción (ilegítima) a la Cooperativa de Trabajo Américo Caorsi y a Grankal S.A, por lo que se reclama el pago de la suma de \$ 35.074.277, más reajustes e intereses" (fs.92).

En la sentencia de primera instancia se condenó por pérdida de chance "...en un 30% de la ganancia líquida que obtuvieron los beneficiados por la compra directa Cooperativa de Trabajo Américo Caorsi y Grankal S.A más reajuste de acuerdo al D.L 14.500 e intereses legales a partir de la demanda hasta su efectivo pago, el que se determinará de acuerdo al procedimiento del art.378 del C.G.P..."

El Tribunal no comparte ninguna de las dos formas de estimar el daño.

Lo pedido por el actor no tiene fundamento. Fundó muy bien su derecho, no así la cuantificación del daño pretendido. No es congruente lo pedido en la demanda con los agravios que luego al apelar esgrime contra el fallo. Precisamente por entender que los parámetros de su perjuicio no pueden guardar relación con la Cooperativa de Trabajo, con un tercero. Refiere al apelar, que son empresas distintas, con estructuras distintas, etc. Y señala que el cálculo debe hacerse teniendo en cuenta todas las circunstancias y contingencias que hubiesen rodeado a esa posibilidad de acceso a poder competir, la que perdió en forma ilegítima y no en base a lo que otro (tercero) efectivamente ganó.

Entonces, la Sala comparte con el actor en que el daño que se debe resarcir es lo que DARCEL S.A pudo dejar de ganar y no lo que otros ganaron. Se debe calcular la ganancia líquida sobre su realidad económica, situación funcional, competitividad, rentabilidad, etc., todos elementos que no surgen de autos por lo que se diferirá el quantum a la vía incidental.

El a quo determinó el daño en base a un porcentaje de la ganancia líquida de la Cooperativa lo que no se comparte por lo antes dichos. Son dos empresas diferentes, con realidades muy diferentes, capacidad económica diferente, etc, y la lógica indica que el margen de ganancia de una no sea igual que el de la otra.

Además, la prueba del daño para el actor resultaría diabólica, pues tendría que probar cuál fue la ganancia líquida de una empresa que le es ajena, dependerá de su colaboración, de su contabilidad y el resultado puede ser incluso negativo, que no obtuvo ganancia por ejemplo. Conceptos evidenciados por el actor que se comparten.

La Sala no deja de apreciar que la prueba de la "pérdida de chance", no es fácil, pero no por ello se debe dejar de condenar. Así lo ha señalado la doctrina nacional citada por el Dr. Ordoqui en su obra Derecho de Daños Tomo I pag.392:

"...Peirano Facio (Responsabilidad extracontractual ob. cit., N°204 o.364) entendió que el daño no deja de ser cierto por el hecho de que su cuantificación sea incierta, indeterminada o de difícil apreciación, o porque resulte más o menos dificultoso acreditarlo, que es lo que sucede, precisamente cuando el daño se concreta en la pérdida de una oportunidad más o menos probable de realizar una ganancia o de evitar una pérdida. La dificultad es estos casos proviene de que es preciso indagar el valor de dicha oportunidad, lo que naturalmente presenta varios inconvenientes.

En la pérdida de la chance la dificultad está en que se debe indagar el valor de la oportunidad perdida, lo que naturalmente implica serias dificultades. Frente a quienes

sostuvieron que este daño carecía de certeza, el autor sostiene que es un enfoque errado, pues la certeza del daño no puede depender de la causalidad. El nudo de la cuestión está en considerar si la chance en sí misma posee o no, independientemente del daño futuro, un valor. La respuesta afirmativa se impone pues, como señala el autor, no existe razón alguna para negar el carácter de daño indemnizable a la pérdida de la chance. Para conocer la importancia o entidad de la chance se estará a la prueba de indicios que permitan desentrañar el grado de probabilidad de la chance.

Gamarra (Tratado de derecho civil uruguayo, Montevideo t. XXIV pag.115) define la chance como la probabilidad de ganar algo o de evitar una pérdida. Dicha posibilidad existió en el pasado donde un comportamiento hubiera podido evitar o atenuar el daño causado por el resultado final que efectivamente aconteció posteriormente.

La pérdida de esta posibilidad podrá llegar a ser un daño siempre que existan ciertas pautas que hagan presumir con certeza que efectivamente se iba a obtener un beneficio y no se obtuvo (Cassinelli Muñoz, "Reparación por la pérdida de una probabilidad" en la Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, t. LXVIII, p.271).

La aceptación de la pérdida de la chance como daño resarcible contempla dificultades probatorias que en ocasiones debe afrontar el actor y además cumple una función preventiva de mayor alcance en un momento en que el derecho de daño persigue la misión no sólo de resarcir sino de prevenir perjuicios..."

En definitiva, se diferirá a la vía incidental el quantum de la pérdida de chance. En dicho proceso se deberá probar en forma fehaciente, contable, la ganancia líquida que hubiera obtenido la actora en aquel momento histórico (luego se aplicarán los reajustes e intereses que correspondan) de haber resultado adjudicataria en las compras que en forma directa se adjudicaron a la Cooperativa citada, en cada una de las oportunidades que constituyen el objeto de este reclamo. Sobre la eventual ganancia que se tenga por acreditada se deberá aportar elementos probatorios para la determinación del porcentaje de la "chance", de las probabilidades que tenía de ser efectivamente la adjudicataria.

Debe tener presente la actora que no puede en vía incidental pretender mayor beneficio económico que lo solicitado en el proceso ordinario, quedando tasada su pretensión económica en su máxima expresión a lo ya pedido.

El daño emergente fue rechazado en primera instancia y el actor no se agravió.

IX) La conducta de las partes no amerita sanción procesal en la instancia (art.688 del C.C, art.261del C.G.P)

Por los fundamentos dados, normas citadas, el Tribunal.

FALLA:

CONFIRMASE LA SENTENCIA INTERLOCUTORIA N°66/2016.

CONFIRMASE LA SENTENCIA DEFINITIVA -SALVO- EN CUANTO A LA DETERMINACION DEL QUANTUM POR "PERDIDA DE CHANCE" EL QUE SE DIFIERE

A LA VIA INCIDENTAL SOBRE LAS BASES ESTABLECIDAS EN EL CONSIDERANDO VIII.

SIN ESPECIAL CONDENA EN LA INSTANCIA. HPF 5 BPC.

NOTIFIQUESE A DOMICILIO A LAS PARTES CUMPLIDO, DEVUELVA AL TRIBUNAL DE ORIGEN CON COPIA PARA EL SR. JUEZ A QUO.